

PPP模式立法规制 及其在我国的应用研究*

袁竞峰, 邓小鹏, 李启明, 汪文雄

(东南大学建设与房地产研究所, 江苏 南京 210096)

[摘要] 作为基础设施建设与运营的新型模式, PPP模式在中国的应用得到了普遍的关注, 其立法问题是PPP模式真正得以推广的关键所在。本文从研究各国的相关立法规制、立法体系和法律文本等入手, 对照我国实际应用PPP模式的状况, 分析我国立法中存在的问题, 并对相关立法模式和授权方法提出建议, 以期对我国应用PPP模式提供合理的建议。

[关键词] PPP模式; 立法规制; 立法体系; 法律文本

Abstract: The application of PPPs model to infrastructure construction and operation has been strongly concerned in China whose legislative problem is the key factor. The paper studies correlative legislative regulation, legislative system and legal issues in other countries. Then it analyses legislative problems in China based on practical application of PPPs in China. Lastly it gives an advice to correlative legislative model and authorization method which expects to give a reasonable proposal to application of PPPs in China.

Key words: PPPs; legislative regulation; legislative system; legal issues

[中图分类号] F407.9 [文献标识码] B [文章编号] 1002-851X(2007)03-0095-04

1 引言

PPP(Public Private Partnership)模式, 即公共部门(public)与私营机构(private)形成良好的合作伙伴关系(partnership)的一种公共基础设施建设模式。对于PPP模式而言, 完善的法律法规体系是PPP项目正常运作并取得成功的有力保障。

在世界各国, PPP模式已建立了相对完善的法律体系, 如英国、美国、澳大利亚、加拿大、韩国、日本等均针对PPP模式建立了适合本国的法律法规。在我国PPP模式刚刚起步, 在立法方面存在较多的问题, 目前的法律法规不能完全适应PPP模式的发展。对于私营机构介入基础设施建设运营缺乏必要的法律法规和详细的操作程序。

基于这种情况, 充分借鉴国外已有的成功经验, 对探讨适合我国发展的PPP模式相关法律体系具有重要的意义。

2 国外PPP模式的立法状况

2.1 英国立法规制状况

为了解决私营化的问题及中央和地方政府没有能力为全部公共项目融资的问题, 英国政府在1997年委任

Malcolm Bates爵士进行一项研究, 探讨以公私营机构合作, 特别是私营机构融资计划提供的公共设施及服务所遇到的障碍, 以及就精简采购方式提出建议。并从此时开始, 率先开始推动私人投资公共领域^[1]。

英国政府没有专门针对PPP模式的法律, 但是英国政府为了促进PPP模式的发展, 不断推出各种文本用以引导PPP模式在英国公共工程中的应用^{[2][3]}, 如英国财政部2003年公布的PFI: Meeting the Investment Challenge即可视为PFI私人主动融资的主要依据。

在英国, 采用三级模式共同负责PPP模式的运作, 财政部负责制订公私营机构合作政策及批准纲领, 英国合伙经营机关向公营部门提供私营机构的专门知识及资源, 以建立更好的合伙人关系, 以及协助公营部门落实PPP模式的重要目标, 如促进公私合作或者提高效率、提高效益等。公私营机构合作署(Public Private Partnership Programme)是一个由政府拨款成立的地方政府机关, 该署向由地方政府协会(Local Government Association)委任的董事局问责, 并为发展及进行公私营机构合作的地方机关提供支持。

公私营机构合作的合伙人的选择如施工投标、物资采购英国政府采用欧盟统一的平台, 按照欧盟的采购指引制

* 本论文是建设部软课题“PPP模式下项目的政策规制及合同设计研究”(编号: 06-R3-22)的部分成果

定了英国公共工程的基本程序 (National Procurement Strategy for Local Government in England)和纲领,同时修订了标准的私营机构注资计划合约如PFI合同文本^[3]。

英国在PPP/PFI模式的推广中鼓励私营机构改善服务、降低成本及创造就业机会,对此制定了一系列的处理措施^[3]。英国政府认为公众的理解和支持非常重要,因此通常会进行公众咨询。英国审计局于2002年就公众咨询工作发表的指引 (Connecting with Users and Citizens)是主要的法律依据。

对于需要政府提供财政支持的PPP项目,必须取得发起部门及跨部门的项目覆检小组 (Project Review Group)的批准。对于PPP项目的营运监督、合约履行监察,公众服务的质量是在第一位的,采购机关应确保私营合伙人的服务表现符合有关法定服务的要求。采购机关可行使对合同的变更、中止等特权。政府每年出版一份有关私营机构注资计划的进展情况详细报表。另一方面,为了保证公私营机构合作的监管制衡,由国家审计署主要负责评估公私营机构合作计划。对于公私营机构合作项目的财务运作由英国财政部提交国会进行监督,英国合伙经营机关制备多份指引,使得国会了解项目目前的经营状况^[4]。

2.2 其他国家和地区的立法规制状况

表1列出了其他国家和地区的立法规制状况。

其他还有不少国家和地区对PPP模式的推广进行了立法,如1994年7月韩国国会通过了《基础设施吸引民间资本促进法》^[5],巴西于2004年12月通过《公私合营 (PPP模式)》法案,新西兰于2002年通过《地方政府法案》^[1],我

国台湾地区也于2002年2月颁布了《促进民间参与公共建设法》。另外,欧盟委员会 (European Commission)也对PPP模式出版了相应的文本指南。2003年1月出版了《PPP模式指导纲领》 (Guideline for successful public private partnerships),2004年4月出版了《PPP模式绿皮书》 (Green paper on public private partnerships and community law on public contract and concessions),详见欧盟官方网站http://europa.eu.int。

3 我国PPP模式相关法律法规现状

图1显示了我国目前立法状况下PPP模式的相关法律框架,通过与国外立法现状的对比可以发现以下几点问题:

第一,需要一个全国机构,如同美国的全国公私营机构合作委员会和香港的效率促进组那样对全国的PPP政策、方针、文本解释等给予全面、权威的控制与解释,并对PPP模式的发展提供全力支持。

第二,我国需要适用于PPP特许协议的国家级法规,目前多为部委规章和地方性的管理条例,也有针对具体项目而订立的专营管理办法。这种过于开放式的架构不利于国家对PPP项目的统一管理,同时也使得各地方政府浪费大量时间在许多相同目的和效果的事件上,从而可能忽略了对不同项目差异性的分析研究,而过多的管理办法也有可能出现相互矛盾,致使工作效率低下。目前,对于PPP模式立法极为重要的一条就是明确PPP法律的法律阶次以保证以较高的法律阶次清除PPP模式的法律障碍(如《公司法》、

表1 其他国家和地区的立法规制概况

国家或地区	主要负责机构	相关法律与政策及出版物
美国	全国公私营机构合作委员会 (National Council for Public Private Partnerships, NCPPP) (http://www.ncppp.org, http://www.acf.dhhs.gov)	美国联邦政府没有就PPP模式发出正式文本或条例,但某些州或政府部门的立法机构已自行就PPP模式制订了指南,如美国卫生部1997年发布的A Guide to Developing Public Private Partnerships in Child Support Enforcement
加拿大 ^[6]	通过政府的三级模式提供PPP服务和推广PPP模式(联邦政府、省级政府、地方及市政府,联邦政府的负责机构是加拿大PPP国家委员会 (The Canadian Council for Public Private Partnerships))	2003年5月加拿大工业部 (Industry Canada) 出版的The PUBLIC SECTOR COMPARATOR: A Canadian best practices guide和P3 Public Sector Readiness Assessment Guide
澳大利亚	澳大利亚基础设施发展委员会(The Australian Council for Infrastructure Development, AusCID)、澳大利亚全国财产委员会 (Property Council) 和澳大利亚基础设施合伙 (Infrastructure Partnerships Australia) (http://www.partnership.vic.gov.au)	无专门立法,各地方政府均有专门的指导文本与政策纲领,以维多利亚州为例,2000年公布的Partnerships Victoria Policy,2003年 (Contract Management Policy, 以及2001~2005出版的Policies, Guidelines, Technical Notes, Advisory Notes四个部分15个文本
日本 ^[7]	日本PFI委员会 (Japan PFI Association) 内阁办公室 (Cabinet Office, Government of Japan) 主要负责,各地方政府协助 (http://www8.cao.go.jp)	1999年,日本国会颁布的Law relating the promotion of realization of public facilities by using private funds,内阁办公室在2001~2004年之间公布了一系列的文件指引:(1)PFI项目的风险分配指南;(2)PFI项目价值评估指南;(3)PFI标准合同文本;(4)PFI项目运营监控指南
南非	国家财政部PPP小组 (National Treasury Public Private Partnership Unit) 和商业部PPP项目组 (National Business Initiative PPP Programme) (http://www.treasury.gov.za)	1999年出版的Public Finance Management Act of 1999,PFMA,2004年公布的Standardized PPP provisions,以及2003年公布的Code of good practice for black economic empowerment in public-private partnerships,BEEP
香港特别行政区 ^[10]	效率促进组 (Efficiency Unit)	2003年8月出版了《公营部门与私营机构合作的简易指引》

《招标法》等)。并且以全国人大或其常委会制定单行法律为宜,并能对构成障碍的其他法律条款加以修改,如日本在推行《PFI法》时就修改了与该法律不一致的12部其他法律^[9]。

第三,缺乏有效的针对国内民间投资的立法。与促进外国投资相比,国内民间投资的促进力度明显不足,虽然有建设部《市政公用事业特许经营管理办法》和地方政府颁布的管理规定,但在范围和深度上缺乏号召力,同时也缺少得力的举措和有利的鼓励措施。

亚洲开发银行于2005年对中国城市水业市场化推进过程进行了调研,其中对《市政公用事业特许经营管理办法》提出了多项建议^[10]。该份报告认为,《办法》内容相对特许经营的具体实施显得过于笼统,缺乏可操作性,政府行政职能和项目公司经营管理之间的责任界限不清;特许经营有关手续复杂,并希望合同示范性文本尽快出台,以供指导和参考,这样才能解决实际操作中的具体问题。

4 PPP模式的立法架构简介及在我国的适用

PPP项目对私人投资者的吸引力在于政府政策法律的稳定性、透明度、担保安排、相应的税收及其他费用和预期的投资回报率等多方面因素。PPP模式的法律架构问题涉及PPP模式运作的多个方面,触及包括金融、公司、行政、工程等多个领域,PPP模式强调公共部门与私人的合作关系,强调在长期运作中的相互信赖,法律是保证这种关系的唯一土壤,PPP模式只有在成熟而完善的立法架构中才能发挥重要作用。

各国在PPP模式的实际操作中均结合本国的具体状况而制定了相关政策与法律法规,其中立法模式和授权方法是基石。

4.1 PPP模式的立法模式

结合国际上的立法状况可以发现,与PPP相关的立法模式可归为三类^[11]:

一是由立法机关或行政机关制订关于PPP模式的统一立法,如柬埔寨于1995年通过的《关于私营管理部门以BOT合同方式参与基础设施建设条例》以及前述的日本、韩国、巴西等国的立法都属于这种模式。

二是国家不制定PPP统一法,具体的PPP/BOT项目单项立法(主要体现为地方政府条例和专项政府规章),如香港政府1995年制定的《大榄隧道及元朗隧道条例》,这种PPP/BOT法有两大特点,一是条例的框架基本稳定,二是有较好的参照意义。我国在某些项目中也采用了这种方法,如上海市的《上海市延安高架路专营管理办法》,同时一些地方政府也出台了地方管理办法,如北京市2003年出台的《北京市城市基础设施特许经营办法》。

三是不就PPP专门立法,而以现行的法律加以规范,以澳大利亚为典型,它没有专门的PPP立法,但已有法律对PPP运作提供了完整法律框架。法国是更为典型的一个例子,在法国PPP模式主要以政府特许经营为主,政府特许可以直接适用法国行政法中的公共特许工程法律制度^[12]。

4.2 PPP模式的授权方法

对于项目发起人而言,最重要的是授权的明确性,发

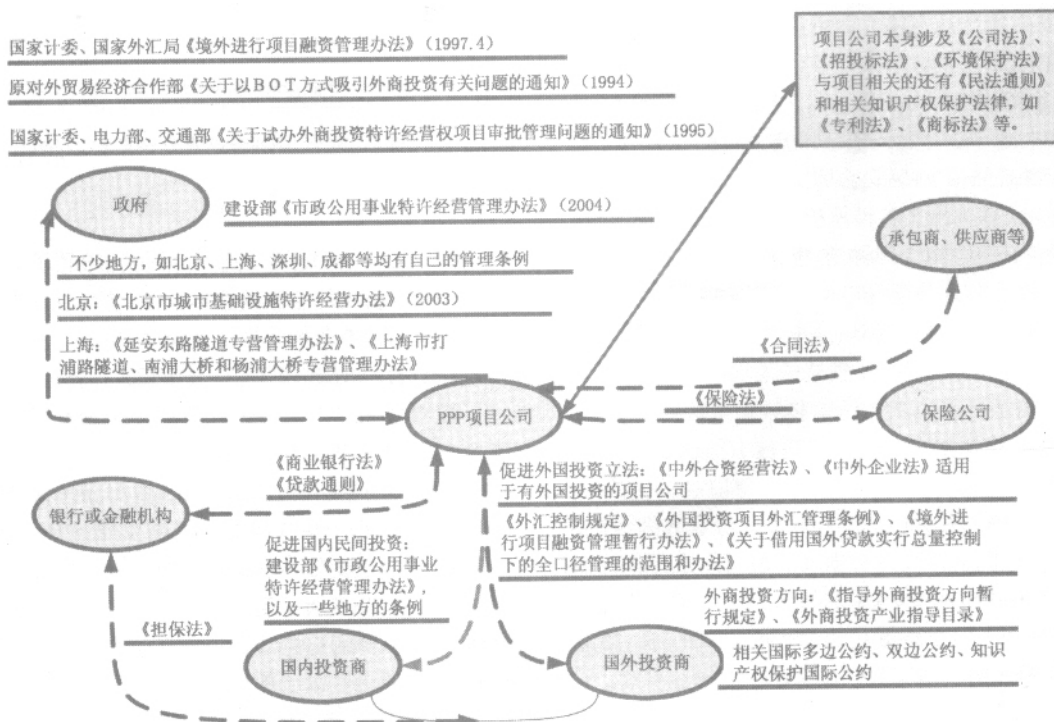


图1 我国PPP模式相关立法现状

表2 各授权行为方式的优缺点对比

授权行为方式	优点	缺点
自由式方法	* 有很大程度的灵活性; * 可适应不同公共部门的特点	* 合同谈判可能旷日持久; * 特许协议可能出现漏洞或过于冗繁; * 缺乏有经验的PPP合同管理人员和法律顾问
条件约束式方法	* 减少PPP项目特许协议的谈判时间和相关费用; * 可以限制政府的行政特权,利于伙伴合作关系的建立	* 缺乏一定的灵活性; * 难于适应不同的具体项目
自由式方法与条件约束式方法的混合	* 当局能够对部门或具体的项目需要做出快速而有效的反应	* 缺乏可预测性; * 不能平等对待发起人; * 谈判拖延
制定范本与标准程序	* 简化了谈判过程; * 可平衡各当事方的利益与风险; * 避免了意想不到的合同条件	* 难以将项目中的各条各项归类,哪些谈判,哪些由示范文本规定难于定夺

起人必须了解PPP项目的谈判权掌握在谁的手中,还必须了解这种权利的范围和期限,同时包括受特许方得以开展建设、运营等活动的一般合同条件^{[13][14]}。

目前,国际上关于PPP/PFI/BOT合同适用的授权行为大体上有如下几种方式:

(1)自由式方法 这种方法由指定的政府部门同私人机构谈判PPP合同中的所有或大部分合同条件,而总的谈判授权原则上仅受国家总的立法(此处的立法可能是关于PPP模式的立法,也可能不是)和政府关于PPP模式政策的基本目标的限制,如英国、澳大利亚;

(2)条件约束式方法 即通过立法确定PPP模式的合同条件及其基本内容,旨在保护国家利益和公众权益,合理分配权利义务,如我国台湾地区的促参法采用了这样的方法;

(3)自由式方法与条件约束式方法的混合 采用混合框架,在立法或政府规定等方面提供某些详细的规则和条件,同时它们也给出具体谈判的条件;

(4)制定范本与标准程序 政府为每一公共服务领域制定示范文本或标准合同及预定谈判条件和程序,其中的代表是英国财政部公布的PFI合同文本。

表2根据文献列出了各种授权方法的优缺点对比。

4.3 对我国PPP模式立法架构的建议

每一种立法模式的选择应当从本国的经济状况和法律环境来考察。结合我国现状,采取统一立法和单项立法相结合的方法适用于国内PPP模式的发展。

首先,我国目前的法律环境必然要求对PPP模式立法,通过成熟法律形式对PPP模式进行有效的塑造,立法之路是必然的选择。

其次,对PPP模式进行全国统一立法适合我国现阶段的法律环境。中国目前尚没有完备的法律体系,为了不引起混乱、树立投资者的信心,一部国家性的法律可以显示国家的决心和给予投资者充分的法律保障,菲律宾、印度、巴西、日本和韩国等国均采取了国家统一立法的模式。

再次,单项立法及地方规章是对统一立法很好的补充,单项立法在国家统一立法的基础上针对某一具体项

目或地区进行专门的调整,使其最大限度地与当地情况相符。地方政府不应只是被动地接收来自上级的安排,地方政府相对独立并有一定自主权有利于发挥地方政府的积极性,推动PPP模式的发展。统一立法为单项立法解决宏观层面的问题,如税收、各种风险担保、公司成立、项目监督、纠纷的解决等,但单项立法的效力层次太低,无法超越全国法,统一立法可以解决这一问题。

综上所述,图2表示出了我国对于PPP模式的主要立法架构。

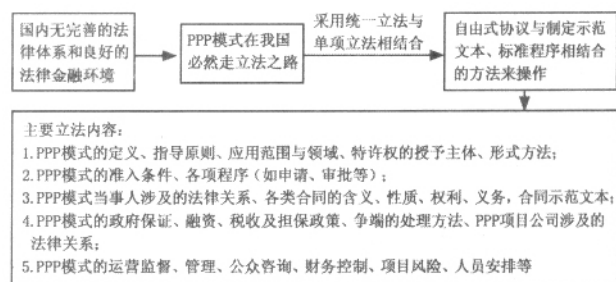


图2 对我国PPP模式立法架构的建议

5 结 语

PPP模式作为新型的项目融资和管理模式,体现了公共部门与私人的全新的合作关系,这种情况下通过完善的法律体系和创新的法律法规文件及指南,方可正常运作PPP模式,立法对PPP而言至关重要。

世界各国中以英国为代表的多个国家通过不同形式的立法、文本或者指南、有效的政府部门、公众监督部门等建立了较为完善的PPP法律体系,值得我国借鉴。

在我国,PPP模式尚处于刚刚发展的状态,立法问题亟待解决,通过比较各国的立法架构和对我国法律经济环境的分析,本文认为采用国家统一立法和单项立法相结合的立法模式,并用自由式协议和示范合同文本相结合的授权方法,是适合我国目前状态的立法架构。一则可以保证PPP项目的正常完成,二则可以为公私双方提供良好的合作平台,从而达到双赢。(转下页)

SA8000社会责任

国际标准进入我国建筑业

建筑业首家企业中建一局建设发展公司通过SA8000认证

2007年1月29日,法国国际检验局认证部(BVQI)、中国企业社会责任联盟和中建一局建设发展公司在北京长城饭店联合举行新闻发布会,中建一局建设发展公司于2007年1月通过SA8000社会责任国际标准认证,成为我国建筑业首家通过社会责任体系认证的企业,也是目前我国惟一通过此项认证的建筑企业。

SA8000是社会责任国际(Social Accountability International,简称SAI)制定的全球第一个可用于企业社会责任管理体系认证的新兴管理体系国际标准。该标准的制定依据是国际劳工组织公约、联合国儿童权利公约及世界人权宣言,标准内容涉及童工、强迫劳工、健康与安全、结社自由和集体谈判权、歧视、惩罚性措施、工作时间、工资报酬及管理体系9个方面的要求。该标准对企业依法经营、维护员工权益等具有重要作用,由于认证标准严格,目前仅有服装、医药等领域少数企业实施了认证。

中建一局建设发展公司从2005年开始持续关注

SA8000,2006年上半年进行深入论证和决策,2006年下半年正式启动实施,2006年12月5日-8日接受BVQI现场审核,2007年初正式确认通过认证。中建一局建设发展公司总经理周宇骢在新闻发布会上讲话,认为:实施和通过SA8000,有助于企业通过接受认证机构、客户和社会的监督,把建设和谐社会理念和承担社会责任的追求转化为企业长期的机制性改进,避免社会责任“口头化”、“理论化”、“运动化”等短期行为。

中建一局建设发展公司是我国首批获得建筑业特级资质、首家获得全国质量管理奖、首家通过OHSMS18000安全体系认证的企业,也是目前奥运主场馆之一“水立方”、北大奥运乒乓球馆、北京第一高楼国际贸易中心三期、中央电视台新址等知名工程的总承包商或承建商。2006年该公司获得“全国五一劳动奖状”、“首都五一劳动奖状”,公司总经理周宇骢荣膺“首都五一劳动奖章”。▲

(接上页)

[参考文献]

[1]李敏仪.公私营机构合作[R].香港立法会,2005.

[2]Public Private Partnership Programme[EB/OL]. <http://www.4ps.co.uk>.

[3]HM Treasury. PFI: Meeting the Investment Challenge [EB/OL].<http://www.hm-treasury.gov.uk>.

[4]Office of government commerce (UK).The approach to implementation the new public sector procurement directive[EB/OL].<http://www.ogc.gov.uk>.

[5]John R. Allan. PPP: A Review of Literature and Practice [J]. Saskatchewan Institute of Public Policy Public Policy Paper, 1999(4):12- 18.

[6]Cabinet Office(Japan). Annual Report on the Japanese Economy and Public Finance[EB/OL]. <http://www.cao.go.jp>.

[7]Torsten Kleiss. The Japanese Private Finance Initiative and its application in the municipal solid waste management sector [J]. International Journal of Project Management, 2006(8):23- 28.

[8]邓小鹏,申立银,李启明. PPP模式在香港基础设施建设中的应用研究及其启示[J]. 建筑经济, 2006(9):14- 18.

[9]胡振,刘华.我国城镇污水处理市场化机制研究[EB/OL]. <http://www.zjepc.com/upload/rudearticle/2006/200675174022.doc>

[10]亚洲开发银行. 中国城市水业市场化推进过程中遇到的一些重要问题及相关建议 [R]. <http://www.asiadevbank.org/Documents/Translations/Chinese/Reports/ta4095-final-cn.pdf>

[11]闫宝龙. 吸引民间资本以 BOT模式投资于基础设施建设法律思考 [J]. 山东大学学报哲学社会科学版, 2005(6): 134- 138.

[12]巨强.法国公共工程的特许经营权管理及启示[J]. 财会研究, 2000(11):57- 61.

[13]邓芸.论我国实施BOT的法律障碍及其立法解决[J].杭州商学院学报, 2002(5):44- 49.

[14]王霁虹,马振东.特许经营模式下法律风险的识别与防范(上篇)[J].建筑经济, 2005(1):84- 87.

(编辑 吴颖)